

1

Anotações sobre o
mandado de segurança coletivo,
nos termos da Lei 12.016/2009

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

Ministro aposentado do STJ. Presidente do conselho do IBDP
Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Civil-Processo Civil

RESUMO: Neste trabalho,¹ analisa-se o mandado de segurança coletivo, sob a ótica da nova lei de 07.08.2009. Trata dos pontos que aproximam o mandado de segurança coletivo do mandado de segurança individual e dos que afastam o mandado de segurança coletivo das ações coletivas genericamente consideradas. Aborda temas polêmicos, como o conceito de *direitos* posto lado a lado com o de *interesses*, legitimação de entidades associativas, competência, inconstitucionalidade de normas restritivas à concessão de liminares e tantos outros.

ABSTRACT: In this study an analysis is made of the collective provisional remedy, from the point of view of the new law dated 07.08.2009. It examines the points that the collective provisional remedy has in common with the individual collective remedy and the points that differentiate the collective provisional remedy from class actions considered generically. It addresses polemic issues, such as the concept of rights placed alongside interests, the legitimation of associative entities, jurisdiction, the unconstitutionality of norms restricting the granting of injunctions and so forth.

1 Estudo revisado e atualizado, nos termos da Lei 12.016, de 07.08.2009.

PALAVRAS-CHAVE: Mandado de segurança coletivo – Mandado de segurança individual – Representação – Direitos e interesses – Liminares – Restrições a liminares – Decadência – Entidades associativas.

KEYWORDS: Collective provisional remedy – Individual provisional remedy – Petition – Rights and interests – Injunctions – Restrictions on injunctions – Lapse – Associative entities.

SUMÁRIO: 1. O mandado de segurança coletivo e suas características fundamentais – 2. O mandado de segurança coletivo, instrumento de tutela de direitos subjetivos líquidos e certos – 3. Distinção entre o *writ* coletivo e a “representação” prevista no art. 5.º, XXI, da CF/1988 – 4. Mandado de segurança coletivo para tutela de “direitos” e não de “interesses”. Modalidades de atuação dos sindicatos e demais entidades associativas – 5. Orientação do STF sobre a amplitude da legitimação das entidades associativas – 6. Legitimação dos partidos políticos como substitutos processuais – 7. Pressupostos ao ajuizamento do mandado de segurança coletivo – 8. Competência de foro no mandado de segurança coletivo – 9. Da decadência do direito de impetrar mandado de segurança coletivo. Limites subjetivos da eficácia da decisão – 10. Concessão de liminares no mandado de segurança coletivo. Suspensão da segurança – 11. Recursos contra a decisão do relator no mandado de segurança de competência originária dos tribunais – 12. Leis restritivas à concessão de liminares – 13. Questão da constitucionalidade das normas restritivas – 14. Da denegação da segurança, após concedida medida liminar.

1. O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO E SUAS CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS

1.1 A primeira afirmação, embora possa parecer um truismo, é a de que não estamos frente a um novo instituto jurídico – o mandado de segurança coletivo, mas sim a Constituição Federal de 1988 veio, principalmente, inovar quanto ao elenco das pessoas capacitadas ao ajuizamento da garantia mandamental, para tanto utilizando a técnica da substituição processual. No magistério de Cassio Scarpinella Bueno, é correto o entendimento de que o dispositivo da Constituição não criou outra figura ao lado do mandado de segurança tradicional, “mas apenas hipótese de legitimação para a causa” (*Mandado de segurança*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28-29).

Assim, no pólo ativo da relação processual não irá figurar, nos casos de mandado de segurança coletivo, a pessoa cujo direito subjetivo tenha sido, ou se afirme que o foi, violado por ato ilegal ou praticado

com abuso de poder, por autoridade pública ou por agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; mas sim estará no pólo ativo a “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”, assim como o “partido político com representação no Congresso Nacional” (art. 5.º, LXX, da CF/1988).

Conforme expõe, por todos, Arruda Alvim, “o fenômeno da substituição processual, nome latino devido a Chiovenda, consiste, precisamente, na circunstância de que quem é parte no processo, por definição, não se afirma ser titular do direito material. Há, pois, uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação. Materialmente, é um o titular, ou seja, no campo do Direito Privado; no campo do processo, é outro o titular do direito de ação” (*Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 1975. vol. 1, p. 427-428). Lembra o ilustre processualista que com frequência o sistema admite a legitimação concorrente, isto é, a legitimação extraordinária do substituto processual ao lado da legitimação normal do titular da pretensão (idem). Em suma, a pessoa que figura na relação processual como parte não é a mesma pessoa titular da relação de direito material deduzida em juízo.

J. J. Calmon de Passos, com remissão a magistério de Barbosa Moreira, declarou que no mandado de segurança coletivo a legitimação extraordinária das entidades referidas na alínea LXX da Lei Maior é “autônoma e concorrente”: autônoma, porque o substituto pode atuar em juízo “com total independência, em relação à pessoa que ordinariamente seria legitimada e em posição análoga à que a esta caberia, se ordinário fosse o critério adotado pela lei para definir a situação legitimante”. E “concorrente”, porque a atuação do substituto processual não exclui a legitimação ordinária do titular da relação jurídica litigiosa, não impede “a presença, no processo, do substituído, nem a propositura, por ele, de seu mandado de segurança individual” (*Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 32-33).

1.2 A tese de que a legitimação das entidades capacitadas para ajuizar mandado de segurança coletivo é uma *legitimação extraordinária*, não é todavia pacífica.

Em sede doutrinária, Ada Pellegrini Grinover compartilha da opinião, com “moderna tendência doutrinária”, de que seria uma mera

legitimação ordinária a das entidades que agem “na defesa de interesses institucionais”, reportando-se a Vincenzo Vigoriti, Barbosa Moreira e Kazuo Watanabe; seria então mister, caso a caso, apurar “se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes por exemplo –, e neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual” (*Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada*. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1991, p. 286).

Cabe, aqui, desde logo, a observação de que a entidade associativa não poderá agir em matéria inteiramente alheia aos objetivos ou finalidades para os quais foi instituída.

2. O MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO, INSTRUMENTO DE TUTELA DE DIREITOS SUBJETIVOS LÍQUIDOS E CERTOS

2.1 Devemos sublinhar que para o ajuizamento do mandado de segurança coletivo são exigíveis os mesmos pressupostos do mandado de segurança individual, a começar pela afirmação da existência de “direito líquido e certo”, sendo o *writ* de todo inadmissível relativamente aos chamados “direitos” ou “interesses difusos”, para cuja tutela deve ser utilizado remédio jurídico outro, a ação civil pública.

No *discrímen* entre os direitos subjetivos e os meros interesses difusos, valho-me novamente do magistério de Ada Pellegrini Grinover:

“A diferença consiste em que se entendem por interesses difusos aqueles em que não há nenhum vínculo jurídico entre as pessoas pertencentes ao grupo, ligadas que são apenas por circunstâncias de fato, contingentes e variáveis, como as de habitem a mesma região ou o mesmo bairro, participarem de certos empreendimentos, consumirem determinados produtos. Situam-se nessa espécie interesses espalhados e muito amplos: por exemplo, os que têm por objeto a proteção ao ambiente, aos consumidores, aos usuários de serviços públicos.

Já nos interesses chamados coletivos, existe um vínculo jurídico, ou uma relação jurídica base, que une as pessoas pertencentes ao grupo, como os filiados a um sindicato, os membros de uma entidade associativa, as pessoas interessadas na preservação ambiental ou na eliminação

da propaganda enganosa, que se associam para a defesa de seus interesses de categoria ou de classe” (op. cit., n. 3.2, p. 287).

2.2 Ousei, todavia, divergir da eminente processualista quanto à sua proposição de que o mandado de segurança coletivo poderá servir também à defesa “dos interesses difusos, transcendentais à categoria”, isto é, “para a tutela de todas as categorias de interesses ou direitos” (op. cit., n. 3.3, p. 289). Serviria, pois, para que os habitantes da cidade de Cubatão, no litoral paulista, agissem em juízo contra as empresas poluidoras do ar que respiram... Mas o interesse difuso, exatamente porque é difuso, toca a um número indeterminado e indeterminável de pessoas, e não é “divisível”, não se pode precisar o “quinhão” de cada interessado. Ora, como sintetizou Calmon de Passos, “os direitos que podem ser objeto do mandado de segurança coletivo são os mesmos direitos que comportam defesa pelo mandado de segurança individual” (op. cit., p. 8).

Contra, ou seja, pela ampliação do mandado coletivo à defesa de quaisquer direitos ou interesses legítimos, difusos ou coletivos, o magistério de Celso Agrícola Barbi (*Mandado de segurança na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 73). E tais direitos são aqueles “líquidos e certos”, no dizer constitucional, ou seja, os direitos decorrentes de fatos não controvertidos, em que para a declaração da incidência (ou da não incidência) da norma legal ao suporte fático não necessite o juiz de provas outras que não as documentais.

Como ensinou Costa Manso: “Desde, pois, que o fato seja certo e incontestável, resolverá o juiz a questão de direito, por mais intrincada e difícil que se apresente, para conceder ou denegar o mandado de segurança” (apud Celso Agrícola Barbi. *Do mandado de segurança*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, n. 71).²

É a opinião de Ernane Fidélis dos Santos, que pela precisão rogo vênica para transcrever:

“O que, na verdade, aconteceu é que a lei constitucional, ao admitir o ‘mandado de segurança coletivo’, não lhe deu extensão tal que também passasse a ser forma de proteção de interesses difusos propriamente ditos. Continua o *mandamus* a ser forma própria para deduzir

2. O STF aprovou, em sessão plenária de 24.09.2003, o Adendo 7 à Súmula, incluindo o novo enunciado 625, *verbis*: “Controvérsia sobre matéria de direito não impede a concessão de mandado de segurança”.

pretensão de reconhecimento de “direitos individuais”, podendo apenas haver a proteção de tais direitos dimensionados coletivamente, isto é, direito que o indivíduo, parceladamente, com pretensão própria, pode defender, mas que, em visão conjunta, revela interesse de todo um grupo determinado, ainda que seja toda a coletividade. Se o Poder Público, por exemplo, aumenta ilegalmente preços ou tarifas públicas, cada membro da coletividade que, efetiva ou potencialmente, vai do serviço se utilizar, é parte legítima para requerer a redução específica que vai beneficiá-lo; mas, se o pedido individual tiver bom êxito, o aumento abusivo do preço ou da tarifa somente com relação ao impetrante receberá vedação. Pelo contrário, se o mandado for coletivo, interposto por ‘substituto processual’ autorizado, o benefício será geral, se o pedido for julgado procedente” (*Mandados de segurança e de injunção*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 132).

2.3 Foi, portanto, mantido (José Rogério Cruz e Tucci. *Class action* e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990, n. 2.2 e 2.6) o elemento essencial e preponderante à caracterização do mandado de segurança, ou seja, o objetivo de tutela ao direito afirmado líquido e certo, tipificado o mandado de segurança coletivo pela circunstância de destinar-se à defesa do direito não de um, ou de vários dos (afirmados) titulares, mas sim dos direitos homogêneos dos indivíduos integrantes de uma coletividade, sujeitos de direito ainda indeterminados quando do ajuizamento do writ, mas necessariamente determináveis quando da execução da ordem, se concedida.

Solução outra enfrentaria o risco, na expressão de Calmon de Passos, de “balburiar desnecessariamente o instituto do mandado de segurança, sem disso resultarem benefícios de ordem prática” (op. cit., p. 9).

2.4 A Lei 12.016/2009 veio a solucionar expressamente a controvérsia, assim dispondo:

“Art. 21. (...)”

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.”

Os “direitos difusos”, portanto, como havíamos referido, podem ser protegidos pela ação civil pública, mas não pelo mandado de segurança coletivo.

3. DISTINÇÃO ENTRE O *WRIT* COLETIVO E A “REPRESENTAÇÃO” PREVISTA NO ART. 5.º, XXI, DA CF/1988

3.1 Impende, neste passo, afastar qualquer eventual confusão entre o mandado de segurança coletivo e o caso de legitimação (extraordinária?) previsto no art. 5.º, XXI, da CF/1988, *verbis*:

“As entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente.”

Note-se, em primeiro lugar, a amplitude desta representação, exercitável tanto em juízo como fora dele, e que em juízo pode ser exercida quer mediante remédios jurídicos comuns, como através de ações constitucionalmente “potenciadas”, inclusive mediante o próprio mandado de segurança individual.

3.2 Pergunta-se, todavia, e este é ponto do maior interesse prático, *como será formalizada a representação?*

Note-se que a norma constitucional não implica caso de “substituição processual”, em que A defende, em nome próprio, o direito de B, mas sim a hipótese é de “representação”, em que A defende, em nome de B, o direito de B. Como se dará, no caso do art. 5.º, XXI, da CF/1988, a “expressa” outorga dos poderes de representação em favor da entidade associativa?

Sérgio Ferraz, após manifestar opinião de que se trata de caso de substituição processual, prossegue com o contrastante entendimento de que a norma constitucional contém a exigência de mandato, “única via habilitante ao exercício da faculdade constitucional” (*Arquivos do Ministério da Justiça* 43, jan.-jun. 1990, p. 53).

Já Celso Ribeiro Bastos, após observar que a norma do inc. XXI “retrata a generalização de uma tendência encontrável setorialmente, em campos, portanto, isolados do nosso direito” (e de mencionar os precedentes, no direito comparado, da *relactor action* do direito inglês e

das *class actions* do direito norte-americano), sustenta que a autorização “pode advir tanto da lei, nos casos excepcionais em que se admite a associação por via de lei, quanto dos próprios estatutos sociais”, e que tal autorização deve consoar com as finalidades sociais da entidade, a qual não poderá ser uma “procuradora universal” de seus associados (*Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. vol. 2, p. 110-115).

3.3 Em suma, a respeito desta questão as opções doutrinárias apresentam-se, em tese, as seguintes:

(a) bastará a entidade associativa ser autorizada pela lei ou pelos estatutos a representar seus associados, em juízo ou fora dele, sendo portanto dispensável a autorização, ou sequer a anuência, do próprio associado. Esta solução, ainda que a associação atue dentro de seus fins estatutários, apresenta o grave inconveniente de o associado ver-se, sem seu consentimento e à sua revelia, envolvido em processo judicial, arcando com as consequências a tal posição inerentes;

(b) a entidade associativa, diante de um conflito de interesses que diga respeito à totalidade ou a muitos de seus associados, busca a autorização deles através da convocação de *assembleia geral*. A solução parece mais admissível, desde que a representação se limite aos associados que, presentes ao conclave, não tiverem manifestado expressa discordância com relação ao ajuizamento da demanda;

(c) o associado, ou os associados interessados em que a entidade os auxilie na defesa de seus direitos subjetivos, direitos em princípio compatíveis com as próprias finalidades da associação, a esta se dirigem, solicitando a representação e expressamente a autorizando a representá-los; esta conduta cremos pragmaticamente adequada, e a mais fiel à natureza do instituto da representação.

Notemos que a MedProv 2.180-35, de 24.08.2001 (“congelada” por força do art. 2.º da EC 32, de 11.09.2001), reiterando norma já prevista em anteriores medidas provisórias, acrescentou à Lei 9.494, de 10.09.1997 (relativa à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública), um artigo – aliás altamente questionado em sede doutrinária, com a seguinte redação:

“Art. 2.º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data

da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.”³

Vale lembrar haver o STF julgado que, *perante o STJ*, cuja jurisdição é *nacional*, não se aplica a exigência da parte final do parágrafo único do art. 2.º-A da Lei 9.494/1997, de que a inicial da ação coletiva deverá ser acompanhada da relação nominal dos associados-substituídos das entidades associativas, substitutas processuais deles. Essa exigência, que visa restringir a eficácia da sentença ao âmbito de competência do órgão que a prolata, não se aplica aos órgãos da Justiça que, como o STJ, tem jurisdição nacional, daí resultando que suas decisões em ações coletivas, inclusive as proferidas em mandados de segurança, abrangem todos os substitutos onde quer que tenham domicílio no território nacional (RMS 23.566, 1.ª T., j. 19.02.2002, rel. Min. Moreira Alves, Inf. 262 do STF, abr. 2002).

3.4 Cumpre novamente ressaltar que a “representação” deverá ser compatível com os fins estatutários ou legalmente estabelecidos da entidade associativa: não irá uma associação recreativa receber autorização para ajuizar ação de despejo em representação de associado seu, ou para representá-lo como réu em ação de despejo; e nem irá a associação de enxadristas representar seus integrantes perante um consórcio para aquisição de veículos, discutindo o valor das respectivas prestações.

Devo aqui, pois, rogar a máxima vênica para dissentir da posição do saudoso mestre Calmon de Passos (op. cit., p. 14), que afirmou possível, no caso da “representação” prevista no inc. XXI do art. 5.º da CF/1988, agir processualmente uma associação em defesa de direito não relacionado com suas finalidades, exemplificando ele com a atuação da OAB, solicitada por um de seus membros a representá-lo na defesa de direito como mutuário do SFH.

3. O projeto de nova Lei da Ação Pública, em tramitação no Congresso Nacional (set. 2009), propõe inclusive (art. 71) a revogação do “art. 4.º, na parte em que altera o art. 2.º-A da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6.º da MedProv 2.180-3”, de 24 de agosto de 2001”

Parece-nos, todavia, que poderá a Ordem representar o associado quando inconformado, v.g., com portaria do juiz vedando-lhe o acesso a dependências do Fórum, mas não na tutela de algum direito (ou pretensão) de todo alheio aos objetivos para os quais foi a OAB criada. Nestes casos a atuação da Ordem, como de qualquer outra entidade associativa em situação análoga, deverá limitar-se à ajuda ao associado no plano dos fatos, facilitando-lhe o normal acesso a Juízo, onde o associado atuará “em nome próprio” e em defesa do “direito próprio”.

3.5 Em suma: nos casos do art. 5.º, XXI, da CF/1988, encontramos uma nova modalidade do instituto da *representação*, para facilitar a defesa daqueles que se julguem menos aptos, ou encontrem dificuldades, por quaisquer motivos, para o ingresso “normal” em juízo em defesa de seus interesses (*rectius*, de seus invocados direitos), propiciando-lhes o apoio e as facilidades decorrentes do auxílio de sua entidade associativa, geralmente em litisconsórcio com outros filiados que se encontrem em idêntica ou similar situação.

Esta atuação poderá ser, inclusive, mediante o uso de mandado de segurança individual, quer em favor de um único impetrante, como de impetrantes vários, litisconsorciados em mandado de segurança plúrimo (embora não coletivo).

4. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PARA TUTELA DE “DIREITOS” E NÃO DE “INTERESSES”. MODALIDADES DE ATUAÇÃO DOS SINDICATOS E DEMAIS ENTIDADES ASSOCIATIVAS

4.1 Retornando ao tema do *mandado de segurança coletivo*, vale indagar o porquê da utilização, na norma constitucional, da palavra “interesses”, no art. 5.º, LXX, *b*, da Lei Magna, quando no inciso anterior fora empregada a expressão “direito líquido e certo”.

Calmon de Passos dá explicação bastante convincente à aparente incongruência, ao ensinar que o uso da expressão “direitos” levaria quicê à exegese de que todo e qualquer direito do associado poderia ser defendido em mandado de segurança coletivo impetrado pela associação em substituição processual, e isso “seria demasiado, para não dizer anárquico”. O uso da expressão “interesses” teria o condão, destarte, de reduzir a atuação dos substitutos processuais à tutela daqueles direitos subjetivos para cuja defesa seus titulares manifestaram interesse em filiar-se à associação: “Vale dizer, a legitimação diz respeito não à defesa dos ‘direitos’ dos seus membros ou associados, *tout court*, mas sim dos

'direitos' dos seus membros ou associados cujo substrato material seja um 'interesse de membro' ou 'interesse de associado'" (op. cit., 1.4, p. 12-13).

Como ensinou Agrícola Barbi, "não vejo razão para que uma associação ou entidade criada com determinadas finalidades e para defesa de interesses de seus membros ou associados passe a atuar com finalidades não previstas em seus estatutos e para defender pessoas estranhas aos seus quadros" (*Do mandado de segurança*. 6. ed., cit., n. 283).

4.2 Assim sendo, uma *entidade associativa* qualquer, do sindicato à associação recreativa ou beneficente, poderá, e este um esquema didático, ajuizar *ação de mandado de segurança sob as seguintes situações*:

(a) *impetra o "mandamus"* em defesa de interesse seu, pretendendo a tutela de direito líquido e certo de que é titular a própria impetrante como *pessoa jurídica*. Será um *writ* comum individual, previsto no inc. LXIX do art. 5.º da CF/1988;

(b) *impetra o mandado de segurança em representação de associado ou associados identificados na inicial*, e por eles devidamente autorizada, sem alheamento das finalidades associativas. Aqui também ostenta-se caso de mandado de segurança individual, com ou sem litisconsórcio ativo, eis que os autores, nos termos do inc. XXI do art. 5.º da CF/1988, são os próprios associados, pela entidade representados;

(c) *impetra mandado de segurança coletivo*, com espeque no art. 5.º, LXX, b, da CF/1988 em substituição processual de seus membros ou associados, ou de parcela ponderável de seus associados, para a defesa de seus direitos individuais líquidos e certos. A impetrante, no caso, será a *entidade associativa*, como *substituta processual*, defendendo em nome próprio o direito alheio, de que sejam titulares os substituídos, *sem necessidade de autorização alguma destes*, sob o pressuposto, naturalmente, de que o pedido formulado no *mandamus* apresente compatibilidade com os objetivos institucionais nucleares da entidade.

No magistério de Eduardo Arruda Alvim, "não há, pois, a necessidade de autorização específica do art. 5.º, XXI para a impetração do mandado de segurança coletivo na hipótese da alínea b do inc. LXX, porém é preciso que o objeto do mandado de segurança identifique-se com o 'vínculo existente entre a associação e os associados'" (*Mandado de segurança no direito tributário*. São Paulo: Ed. RT, 1998, n. 14.1.1, p. 359).

4.3 Decisões existiram, todavia, no sentido de que seria necessária a expressa autorização dos associados para impetração do mandado de segurança coletivo. Assim o STJ, MS 915, 2.^a T., rel. Min. Peçanha Martins; RMS 3.365, 6.^a T., j. 13.12.1994, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, *RSTJ* 73/166.

Esta jurisprudência, no entanto, veio a ser plenamente superada. No julgamento do MS 4.126, 1.^a Seção do STJ, acórdão de 05.12.1995, rel. Min. Demócrito Reinaldo, com longa fundamentação, concluiu que “a entidade associativa que impetra mandado de segurança coletivo não se coloca, no processo, como mandatária dos respectivos associados, razão por que torna-se desnecessária a prévia autorização de seus membros” (da ementa, *RSTJ*, 84/63).

No mesmo sentido o RMS 3.298, da 5.^a T., do STJ, acórdão de 26.11.1996, rel. Min. José Arnaldo, sendo afirmado no voto do relator que se pacificara o entendimento no sentido de atribuir à associação de classe legitimidade ativa para requerer, com base na Lei Maior, segurança coletiva “sem a exigência de autorização, dado o caráter de substituição processual, extraordinária” (*RSTJ*, 96/363), constando do aresto remissão a vários precedentes, inclusive do STF no RE 141.733, 1.^a T., rel. Min. Ilmar Galvão).

Sucederam-se decisões: v.g., no RMS 7.523, 1.^a T., acórdão de 14.11.1996, rel. Min. José Delgado, firmou posição em que “os sindicatos têm legitimização ativa para, quando autorizados pelos estatutos que os regem, agir em juízo, em sede de mandado de segurança coletivo, em nome dos seus associados”. Com invocação à Constituição Federal, a 5.^a Turma do STJ declarou que “somente na hipótese do inc. XXI, que encerra espécie de representação”, será necessária a autorização dos associados (RMS 3.298, 5.^a T., acórdão 26.11.1996).

O STJ, em Corte Especial, ao apreciar o MS 4.256, sendo relator o Min. Sálvio de Figueiredo, encerrou a querela, estando dito na ementa que o Sindicato “não depende de autorização expressa de seus filiados, pela assembléia geral, para a propositura de mandado de segurança coletivo, destinado à defesa dos direitos e interesses da categoria que representa, como entendem a melhor doutrina nacional e precedentes desta Corte e do STF” (acórdão De 18.12.1996, *RSTJ* 114/17; no mesmo sentido a Corte Especial no MS 4.001, acórdão De 21.05.1997, rel. Min. Adhemar Maciel, *RSTJ* 99/24, e bem assim o Pretório Excelso no RE 212.707, rel. Min. Carlos Velloso, Inf. 100 do STF, fev. 1998). Por fim, a

6.^a Turma do STJ, sendo relator o Min. Fernando Gonçalves, reiterou que “os sindicatos são substitutos processuais de seus associados, razão pela qual não necessitam de autorização desses últimos, nem de relacioná-los na inicial” (REsp 179.576, acórdão de 13.10.1998).

Também assim o STF no julgamento do RE 212.707, sob a ementa: “Mandado de segurança coletivo. Substituição processual. Autorização expressa. Art. 5.^o, LXX; art. 5.^o, XXI, da CF/1988. A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. Art. 5.^o, LXX, da CF/1988. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5.^o da CF/1988, que contempla hipótese de representação. Recurso conhecido e provido” (2.^a T., acórdão de 25.11.1997, rel. Min. Carlos Velloso). Era recorrente a União Nacional dos Técnicos do Tesouro Nacional, e recorrida a União Federal.

Nestes termos, *a entidade associativa poderia ajuizar mandado de segurança coletivo*, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade de seus associados, ou de um determinado segmento destes, *independentemente de autorização ou anuência e sem necessidade de identificação dos associados*, os quais permaneceriam “indeterminados” na inicial, embora “determináveis” quando da execução da segurança, se concedida fosse.⁴

Atualmente (conforme já exposto no anterior verbete 3.3), nas ações propostas contra o Poder Público em todos os seus níveis, bem como contra as respectivas autarquias e fundações, a petição inicial “*deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia geral da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços*” – assim dispõe a MedProv 2.180-35/2001, que acrescentou um art. 2.^o-A à Lei 9.494/1997 (vide a nota de rodapé n. 3).

Esta limitação vem recebendo fundadas e acerbas críticas em sede doutrinária, e certamente *não mais se aplica ao mandado de segurança coletivo*.

4. O STF aprovou (Pleno, sessão de 24.09.2003) uma série de Súmulas (Adendo 7 à Súmula), entre as quais a 629, com o seguinte enunciado: “A impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe em favor dos associados independe da autorização destes”.

4.4 A questão foi resolvida, já agora, pelo art. 21, *caput*, da Lei 12.016/2009, a saber:

“Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.” (grifamos)

4.5 É indispensável, outrossim, que os interesses (*rectius*, direitos) defendidos refiram-se diretamente aos próprios integrantes da associação impetrante, não aos de associação congênere. Assim, o STF considerou um sindicato como parte ilegítima para ajuizar mandado de segurança coletivo contra ato normativo do Ministro do Trabalho, que não atingiria diretamente os associados do postulante, mas sim membros de outras categorias profissionais (MS 21.026, Pleno, j. 28.03.1990, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 131/1.109).

Ponto interessante, passível de controvérsias, apresentava-se o da legitimidade do sindicato para defender em juízo as pretensões de apenas uma determinada parcela, e não da totalidade de seus associados. O STJ, no RMS 571, 2.^a T., considerou em tal caso o sindicato impetrante como carecedor da ação de mandado de segurança coletivo (j. 26.10.1994, rel. Min. José de Jesus, RSTJ, 69/141).

Não nos parecia esta a melhor orientação, notando-se que o STF veio adotar súmula a respeito (enunciado 630).⁵ Aliás, a nova lei é expressa em que o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado em defesa dos direitos líquidos e certos da “totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados”. Portanto, já agora *legem habemus*.

4.6 A respeito do assunto, vale lembrar que o Pretório Excelso, por seu plenário, manifestou o entendimento de que um Estado da Federação não é legitimado para impetrar mandado de segurança, quer *individual* para a tutela de interesses difusos de sua população – que para tal é a

5. O STF aprovou o enunciado 630, nos termos seguintes: “A entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.



ação civil pública, quer o *mandamus* coletivo – porque não constante da enumeração taxativa do art. 5.º, LXX, da CF/1988.

Na órbita da competência privativa da União, o Estado-membro não é órgão de gestão, nem de representação dos interesses de seus habitantes (cuidava-se de *writ* em que o Estado do Rio de Janeiro pretendia impedir a União Federal de instalar uma indústria petroquímica no pólo situado no Estado do Rio Grande do Sul – MS 21.059, j. 05.09.1990, rel. Min. Sepúlveda Pertence, RTJ 133/652).

5. ORIENTAÇÃO DO STF SOBRE A AMPLITUDE DA LEGITIMAÇÃO DAS ENTIDADES ASSOCIATIVAS

5.1 Quanto a este relevante tema, da legitimação das entidades associativas e sindicatos, o STF de início se absteve, ante a diversidade de opiniões de seus integrantes, de defini-lo com precisão (MS 20.396, Pleno, acórdão de 08.11.1989, RTJ 142/446).

Posteriormente, no julgamento do RE 181.438, rel. Min. Carlos Velloso, três questões básicas restaram explicitadas, a saber:

(a) a *legitimação* das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, “é extraordinária, ocorrendo em tal caso substituição processual – art. 5.º, LXX, da CF/1988”;

(b) em se cuidando de mandado de segurança coletivo, não se exige “a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5.º da CF/1988, que contempla hipótese de representação”;

(c) por fim, e como questão a mais importante, o Pretório Excelso afirmou que “o objeto do mandado de segurança coletivo será um direito dos associados, *independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade impetrante do ‘writ’*, exigindo-se, entretanto, que o direito esteja compreendido na titularidade dos associados e que exista ele em razão das atividades exercidas pelos associados, mas não se exigindo que o direito seja peculiar, próprio, da classe” (da ementa) (grifamos).

Em seu voto, o relator salientou que a maioria dos Ministros da Corte entendera, em julgamento anterior (AgRg no MS 21. 291), rel. Min. Celso de Mello, que a segurança coletiva visa a proteger apenas os direitos subjetivos, e não interesses coletivos e difusos, embora neste ponto vencido o Min. Carlos Velloso.

5.2 Com relação à momentosa questão da legitimação, vemos que a Corte adotou *posição ampliativa*, reconhecendo legitimidade ao Sindi-

cato da Indústria de Artigos e Equipamentos Odontológicos, Médicos e Hospitalares do Estado de São Paulo para impetrar segurança coletiva a fim de livrar seus associados da contribuição do PIS; reformou, assim, o acórdão recorrido, que considerara o sindicato como parte ilegítima por estar em causa matéria que não guarda relação direta com os interesses nucleares da categoria econômica representada. O voto condutor no STF sublinhou que o objeto do mandado de segurança “poderá ser um direito dos associados, independentemente de guardar vínculo com os fins próprios da entidade”, impondo-se apenas que o direito exista “em razão das atividades exercidas pelos associados”, mas não se exigindo que tal direito seja peculiar, “próprio da classe, ou exclusivo da classe ou categoria representada pela entidade sindical ou de classe”. A este respeito foi feita remissão a outro julgado, da 1.^a T. do STF no RE 175.401, rel. Min. Ilmar Galvão, onde constou ser irrelevante que, quando da impetração, *todos os integrantes* da entidade sejam titulares do direito pleiteado, e também irrelevante que não se trate “de direito com referibilidade exclusiva à categoria”.

No voto do Min. Sepúlveda Pertence foi trazido à colação o magistério de Calmon de Passos, e dito que a única restrição “é a exigência de que o interesse substancial subjacente à impetração seja dos associados, em função da categoria que os faz participantes dela”, não sendo exigível que o direito subjetivo seja *peculiar à categoria*.

Esta, pois, a orientação do Sumo Pretório, ao dar provimento ao aludido RE 181.483/SP, Pleno, acórdão de 28.06.1996, RTJ 162/1108.

Não será demasia lembrar, aqui, que o STF, alterando anterior orientação, veio a admitir a legitimidade, para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, de uma “associação de associações” (como a CUT ou a CGT), havendo o Min. Sepúlveda Pertence afirmado a similitude entre tais “associações” e as confederações sindicais, que por definição também congregam associações (ADIn 3.153, Inf. 361 do STF, set. 2004). Ficaram vencidos os Min. Celso de Mello e Carlos Brito.

5.3 Neste passo, convirá notar que a Lei 12.016/2009, em seu art. 21, refere expressamente que o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado pela associação de classe, na defesa dos direitos líquidos e certos de seus associados, “na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades”.

Cumpra portanto acompanhar, daqui em diante, a exegese jurisprudencial ao texto da nova lei.

6. LEGITIMAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO SUBSTITUTOS PROCESSUAIS

6.1 Como dispõe a Constituição Federal, art. 5.º, LXX, a, o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por “partido político com representação no Congresso Nacional”. Em primeiro lugar, passemos à análise da legitimação *ad causam* no concernente aos Partidos Políticos. Pressupondo-se mantenham representação no Congresso, isto é, gozem de legitimidade representativa em âmbito nacional, poderão eles defender, no *mandamus* coletivo, todo e qualquer direito de todo e qualquer cidadão brasileiro? Ou apenas dos que forem eleitores? Ou apenas de seus filiados?

Ada Pellegrini Grinover entende que a legitimação é ampla, “e só pode sofrer a restrição decorrente do texto constitucional, consistente na falta de representação no Congresso Nacional” (op. cit., n. 3.1). Sérgio Ferraz, cuidando do tema à luz da Lei Orgânica dos Partidos Políticos, considera os partidos capacitados em matéria “que diga respeito ao regime democrático, à autenticidade do sistema representativo e a defesa dos direitos humanos fundamentais, constitucionalmente definidos”, a agir pela via do *writ* coletivo; todavia, logo afirma que em tal caso o partido atua em nome próprio, em defesa de interesse próprio, apenas “com reflexos na esfera de interesses e direitos de todos” (op. cit.); a hipótese, então, não seria caracterizável como substituição processual!

Calmon de Passos atribuía à legitimação dos partidos amplitude mui restrita, mesmo porque, segundo o exímio jurista, “a legitimação sem fronteiras que seja reconhecida aos partidos políticos significará o caos, além de transferir para o âmbito do Judiciário (arena inadequada) a luta política que deve ser levada a cabo em outro campo”. Sugeriu, então, que os partidos políticos só devam atuar em caráter supletivo, “com a aquiescência das entidades representativas dos indivíduos a que se vinculam os interesses em jogo”, ou quando inexistentes tais entidades (ob. cit., p. 21-22).

Eduardo Arruda Alvim sustenta que a legitimidade dos partidos políticos pressupõe “uma correlação com as finalidades que devem ser perseguidas pelos mesmos, delineadas pela Constituição Federal e explicitadas pela Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995)” (Op. cit., n. 14.1.2, p. 362; *Direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 659).

Conforme a obra de Hely Lopes Meirelles, o partido político só pode impetrar mandado de segurança coletivo para a defesa de seus próprios

filiados, em questões políticas, quando autorizado pela lei e pelo estatuto, mas lhe é defeso pleitear, por exemplo, direitos dos aposentados em geral, ou dos contribuintes em matéria tributária (*Mandado de segurança*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33-34).

6.2 O STJ, por sua 1.^a Seção, adotou entendimento de certa forma restritivo, ao considerar que um determinado partido político não teria legitimidade para vir a juízo em defesa da totalidade dos aposentados, contra ato omissivo do Ministro da Previdência. Consta da ementa: “Quando a Constituição autoriza um Partido político a impetrar mandado de segurança coletivo, só pode ser no sentido de defender os seus filiados e em questões políticas, ainda assim quando autorizado por lei ou pelo estatuto” (MS 197, rel. desig. Min. Garcia Vieira, acórdão de 08.05.1990, *Rev. do STJ* 12/215).

O mesmo colegiado julgou carecedor de ação (não conheceu do *mandamus*) o Partido da Juventude, que impetrou segurança a fim de tutelar alegado direito de beneficiários da Previdência Social ao recebimento integral do 13.^o salário. Do voto do Min. Vicente Cernicchiaro consta inclusive que “não obstante a amplitude de sua atuação, não me parece, *data venia*, própria para pugnar em juízo interesse setorial da sociedade, vale dizer de um grupo determinado, salvo, é lógico, dos seus filiados” (MS 256, 1.^a Seção, acórdão de 08.05.1990, p.m.v., rel. Min. Pedro Acioli).

No MS 1.235, ainda a 1.^a Seção do STJ, vencidos os Min. José de Jesus, Peçanha Martins e Gomes de Barros, julgou o Partido dos Trabalhadores como carecedor de ação de segurança coletiva impetrada para tutela de beneficiários da Previdência Social. Consta da ementa: “Mandado de segurança coletivo. Partido político. Falta de legitimação para a causa, no caso. Falta a partido político *legitimatatio ad causam* para impetrar mandado de segurança coletivo, se este não tem por objetivo direitos subjetivos ou interesses atinentes à finalidade partidária. É o que acontece no caso, em que o impetrante alvitra a proteção de direitos subjetivos individuais homogêneos de beneficiários da Previdência Social, ou seja, o pagamento do reajuste de 147,06 % a todos os benefícios em manutenção e de prestação continuada” (acórdão de 17.12.1991, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

A 2.^a T. do STJ, ao apreciar o RMS 1.348, rel. o Min. Américo Luz, vencidos os Min. José de Jesus e Peçanha Martins, julgou os partidos políticos carecedores de ação para defesa de interesses individuais



através do mandado de segurança coletivo, “pois a sua atuação nesse campo não tem a amplitude que pretendem” (da ementa). No caso, os Partidos impetrantes insurgiram-se contra o ato do Secretário da Segurança Pública estadual que, em concurso para ingresso na carreira policial, discriminara o número de vagas destinadas, respectivamente, aos candidatos de cada sexo (acórdão de 02.06.1993).

6.3 Parece-nos razoável e jurídico sustentar que a melhor solução será, ao menos como regra, a manutenção do *princípio da vinculação entre as finalidades, em termos gerais, da entidade substituta, com os interesses das pessoas substituídas*. Os partidos políticos podem, destarte, atuar como substitutos processuais e, assim, ajuizar *mandamus* coletivo, se os direitos afirmadamente violados (ou ameaçados) forem aqueles sob direta e imediata tutela constitucional, ou seja, os direitos fundamentais relativos à generalidade dos cidadãos, acima de agrupamentos pertinentes a interesses de classe, profissionais e assim por diante.

No plano infraconstitucional, assim dispõe a recente Lei 12.016/2009, art. 21: “O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por (...)”.

É lícito ao partido político, portanto, através de seu Diretório Nacional, agir ajuizando mandado de segurança coletivo contra ato administrativo (*lato sensu*) que ofenda direitos políticos de seus filiados em geral, ou que viole a liberdade de manifestação do pensamento; ou a liberdade de culto; ou o sigilo da correspondência e das comunicações, nos termos da lei; ou que institua ilegais restrições à livre locomoção dentro do território nacional; ou que disponha sobre taxas confiscatórias da herança; ou que discrimine entre cidadãos por motivo de raça, religião, cor etc.

No magistério de Cassio Scarpinella Bueno, os partidos políticos podem impetrar mandado de segurança coletivo “para a tutela de qualquer direito relativo à ordem democrática nacional” (op. cit., p. 29). Mas não assistirá ao partido político a faculdade de impetrar, por exemplo, mandado de segurança coletivo em favor de arrendatários comerciais (*leasing*) em tema de cálculo ou de revisão de prestações, por cuidar-se de obrigações e direitos meramente contratuais, ainda que muito numerosos os interessados.



7. PRESSUPOSTOS AO AJUIZAMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Vamos avante. Na impetração do mandado de segurança coletivo, impende verificar se ocorrentes os *pressupostos genéricos* do mandado de segurança, e os *específicos do mandado coletivo*. Assim, há que perquirir:

(a) se o direito a ser definido pode ser afirmado como “líquido e certo”, isto é, baseado em fatos incontroversos, restando a ser discutidas apenas *quaestiones juris*;

(b) se estamos frente a “direitos coletivos”, dos quais seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica; ou frente a “direitos individuais homogêneos”, assim entendidos os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros da entidade impetrante (art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009);

(c) se o direito a ser defendido é direito subjetivo violado por ato de autoridade pública, seja de que categoria for, ou de agente de pessoa jurídica no exercício de delegação do Poder Público;

(d) se a prática do ato de autoridade, ou sua omissão, incide na censura de *ilegalidade ou abuso de poder*;

(e) se o direito subjetivo a ser tutelado é afirmado *pertencer aos integrantes ou da entidade associativa*, nos casos da alínea *b* do inc. LXX do art. 5.º da CF/1988; ou se é direito qualificado como *direito fundamental constitucionalmente definido*, nos casos da alínea *a* do mesmo inciso;

(f) se o direito a ser tutelado afigura-se *congruente com as finalidades* do sindicato, entidade de classe ou associação, nos casos da alínea *b*, sempre ponderando a orientação, a respeito, do STF.

Aliás, vale aditar que no MS 21.079, o STF declarou que o mandado de segurança coletivo, tal como o individual, não pode ser impetrado contra “atos em tese”, que se classificam como tais pelos seus atributos de generalidade, impessoalidade e abstração; consta da ementa que o mandado de segurança “não é sucedâneo da ação direta de inconstitucionalidade e nem pode substituí-la, sob pena de grave deformação do instituto e inaceitável desvio de sua verdadeira função jurídico-processual” (Pleno, j. 26.04.1990, rel. Min. Celso de Mello, RTJ 132/189).

8. COMPETÊNCIA DE FORO NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O tema da competência apresenta, no mandado de segurança coletivo, certas particularidades. Pensemos em uma majoração de tributo estadual que os contribuintes, espalhados por muitos municípios e comarcas, considerem ilegal. Assiste-lhes a faculdade, naturalmente, de ajuizar mandados de segurança individuais, apontando como coator, em cada caso, o agente que houver concretamente lavrado ou mandado lavrar a autuação fiscal, ou que os haja notificado para efetuar o pagamento sob pena de autuação e multa, ou que ameace notificá-los.

Todavia, vamos supor que a entidade de classe, digamos a Associação Comercial ou a Associação das Indústrias, sediada na Capital estadual, propõe *mandado de segurança coletivo* em “substituição processual” de todos os seus associados, indeterminados na petição inicial, embora “determináveis”, como já dito, na execução mandamental. Como em ação de mandado de segurança firma-se a competência *pelo local* onde sediada a autoridade coatora e pela *hierarquia* funcional da mesma autoridade, e como na hipótese são muitas as autoridades coadoras dos substituídos, necessário será perquirir quem, de acordo com as normas administrativas, ostenta hierarquia superior à dos agentes fiscais concretamente apontados como coatores; desta autoridade de maior hierarquia presumivelmente terá partido a ordem para a prática dos atos ditos ilegais, podendo ela, destarte, igualmente mandar sejam sustados ou revogados.

Se a autoridade fiscal superior for, v.g., o Inspetor Geral de Tributos ou o Delegado da Receita, competente será o Juiz da Fazenda Pública da capital e a sentença fará coisa julgada relativamente a *todos* os substituídos, sejam ou não domiciliados na área territorial sob a jurisdição do mencionado magistrado. Se a autoridade superior, no entanto, for o Secretário da Fazenda, competente será, originariamente, um dos órgãos fracionários do Tribunal de Justiça ou seu órgão Especial, conforme dispuser a legislação de organização judiciária local ou o Regimento Interno da Corte.

Calmon de Passos preconizou esta solução (op. cit., p. 25-28), inclusive sublinhando seus efeitos relativos à eficácia das decisões proferidas no mandado coletivo:

“Disso decorre que a autoridade coatora, não só ela, como agentes outros da pessoa jurídica de direito público envolvida, estão obrigados a se comportar como determinado na decisão do mandado de segurança

no tocante a todo e qualquer membro ou associado da entidade impetrante, encontre-se ele onde se encontrar, em termos de circunscrição territorial. Se a indústria X é filiada da Fiesp e se beneficiou com a segurança impetrada, liberando-se de pagar determinado tributo, todos os seus estabelecimentos e todos os seus negócios, em qualquer parte do país, se beneficiam da coisa julgada do writ coletivo, em que ela foi parte como substituída. Daí o relevo que tem, no mandado de segurança coletivo, a determinação da autoridade coatora, que somente pode ser aquela cuja jurisdição (*sensu lato*) tenha suficiente abrangência reclamada para a eficácia da coisa julgada nos termos apontados” (op. cit., p. 75-76).

Aqui uma observação: a eficácia do julgado, em nossa opinião, não pode abranger os atos praticados em área territorial não sujeita à jurisdição do tribunal; assim, o contribuinte domiciliado na área de jurisdição do TRF-1.^a Reg. não será favorecido por decisão de outro TRF no sentido da ilegalidade de determinada majoração tributária, exigida por autoridade fiscal com atribuições nessa outra região.

9. DA DECADÊNCIA DO DIREITO DE IMPETRAR MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LIMITES SUBJETIVOS DA EFICÁCIA DA DECISÃO

9.1 Também em tema de decadência, a natureza do mandado de segurança coletivo impõe façamos distinções relativamente ao writ individual.

Segundo o art. 23 da Lei 12.016/2009, “O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. Note-se que a decadência, no caso, não atinge o direito material, que se existente continua defensável pelas vias ordinárias, mas sim a faculdade de utilização da ação mandamental, potenciada como garantia constitucional.⁶

Pois bem. No mandado coletivo, com a multiplicidade de substituídos, na hipótese, v.g., de insurgência contra imposição fiscal, alguns dos contribuintes já podem ter sido autuados pelo Fisco há mais de 120 dias, outros autuados recentemente, outros apenas ameaçados de autuação. A todos beneficiará a segurança, se concedida?

6. O STF aprovou, em sessão plenária de 24.09.2003, o Adendo 7 à sua Súmula, incluindo o enunciado 632, com a redação a seguir: “É constitucional lei que fixa o prazo de decadência para a impetração de mandado de segurança”.

É de entender que aqueles associados da entidade impetrante, que já hajam decaído do direito de incoar mandado de segurança individual, não poderão beneficiar-se, como substituídos, do *writ* coletivo. E nem cabe argumentar com a quebra do princípio da isonomia, decorrente da circunstância de serem beneficiados alguns associados e outros não, embora todos sejam integrantes da entidade e todos estejam na mesma situação relativamente à incidência, ou não, da norma legal questionada. Outras pessoas, igualmente na mesma situação mas não filiadas à associação autora, igualmente não serão beneficiadas pela eventual concessão da segurança, constitucionalmente prevista para a defesa dos interesses apenas “de seus membros ou associados”. Somente estes são os substituídos processuais, somente a eles alcança a eficácia da coisa julgada, e somente àqueles contribuintes em relação aos quais o prazo decadencial não se haja consumado anteriormente ao ajuizamento do *mandamus* coletivo.

9.2 Como saber, no entanto, quais os associados beneficiados? Lembremo-nos de que a “autorização” dos associados é desnecessária em matéria de mandado de segurança coletivo, sendo os “substituídos” pessoas ainda “indeterminadas” na petição inicial, impetrada pela entidade em defesa, genericamente, dos seus “membros ou associados” (parte final do *caput* do art. 21 da Lei 12.016/2009).

A determinação dos atingidos pela coisa julgada far-se-á apenas *ao final*, quando da revogação dos atos ilegais ou da sustação da ameaça de sua prática. Nesta ocasião, poderá a autoridade coatora questionar a expedição do mandamento em favor de “C” ou de “D”, alegando que relativamente a estes a decadência já se teria consumado.

Nada impede outrossim que, valendo como preceito a sentença concessiva da segurança coletiva, determinada pessoa física ou jurídica, considerando-se injustamente excluída de seus efeitos, requeira sua inclusão quer administrativamente, quer por mandado de segurança individual (se incontroversos os fatos que a autorizam a considerar-se como beneficiada), quer inclusive pelas vias ordinárias (se controvertidos os fatos).

9.3 Mestre Calmon de Passos, cujo magistério também neste ponto em linhas gerais buscamos seguir, apontou todavia hipótese que merece, em tema de decadência, tratamento diferenciado. Aludiu aos casos de “incindibilidade da eficácia da decisão proferida no mandado de segurança coletivo”, exemplificando com o *writ* impetrado por asso-

ciação buscando invalidar concurso público; neste caso, se deferida a segurança, o concurso terá sido anulado não somente relativamente aos substituídos, como igualmente com relação aos concorrentes não filiados à impetrante e, pois, “com muito maior razão”, beneficiará os associados que hajam “decaído, individualmente, do direito de impetrar a segurança” (op. cit., p. 40-41).

9.4 Relativamente aos *limites subjetivos* da decisão proferida em mandado de segurança coletivo, cumpre considerar que abrange os associados da entidade impetrante (feita a ressalva relativa à decadência em casos individuais); a rigor, somente os associados que já o sejam na data da impetração da segurança. Nos termos do art. 22 da Lei 12.016/2009: “No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante”.

Possível admitir-se, todavia, a extensão da segurança àqueles que se hajam filiado até o momento de prolação da sentença, mesmo porque nada a eles impediria (como aos já antes associados) de ingressar no processo como assistentes litisconsorciais, com a faculdade, inclusive, de recorrer da sentença eventualmente desfavorável. Necessário, ainda, consoante o criticado art. 2.º-A da Lei 9.494/1997, acrescentado pela MedProv 2.180-35/2001, que os substituídos “tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Não cremos, no entanto, possa a decisão beneficiar aos que ingressem na associação *após a sentença*, quicá com o intuito exatamente de obter tal vantagem. A sentença opera em favor *dos substituídos*, e não podem ser considerados como *substituídos* aqueles que, ao tempo do veredito judicial, ainda não eram filiados à entidade impetrante.

Vantagens de ordem pragmática, como a de prevenir futuros mandados de segurança individuais, não nos parecem suficientes – e neste ponto ousamos divergir de Calmon de Passos (op. cit., p. 76-78), para justificar tal excessiva abrangência, sem maior embasamento doutrinário.

Note-se, no azo, ser expressa a nova Lei 12.016/2009, art. 22, § 1.º, no sentido de que “O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desis-

tência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva”.

No projeto de nova Lei da Ação Civil Pública, em discussão (set. 2009) no Congresso Nacional (PL 5.139/2009), a proposta é igualmente pela negativa de litispendência, mas com a *suspensão* das ações individuais até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição; é ainda previsto que a ação individual possa ter prosseguimento a fim de impedir graves prejuízos decorrentes da suspensão, mas neste caso o autor individual não se beneficiará do resultado da demanda coletiva (art. 37, § 3.º do PL 5.139/2009).

10. CONCESSÃO DE LIMINARES NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUSPENSÃO DA SEGURANÇA

10.1 O mandado de segurança coletivo comporta, a requerimento do impetrante, a *concessão de medidas liminares*, sob os pressupostos da *verossimilhança da alegação* e do *periculum in mora*, ou seja, ocorrentes a relevância dos fundamentos invocados e a forte probabilidade de ineficácia da medida, caso não deferida desde logo a providência antecipatória (art. 7.º, III, da Lei 12.016/2009).

A concessão, ou a denegação de liminar, envolve *decisão* passível de impugnação mediante agravo de instrumento (art. 7.º, § 1.º, da Lei 12.016/2009), decisão esta que, pelas suas conseqüências, cumpre seja sempre cuidadosamente ponderada pelo magistrado, o qual examinará o pedido não apenas sob os fundamentos apresentados pelo impetrante, como também pelas suas conseqüências relativamente à entidade de direito público (que está no pólo passivo da relação processual) e aos eventuais interesses de pessoa física ou jurídica que deva figurar em litisconsórcio passivo.

Não olvidar que a concessão de liminares, *inaudita altera pars* e sob cognição sumária, implica exceção ao princípio, tão relevante, do prévio e efetivo contraditório.

Por isso mesmo, “No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas” (art. 22, § 2.º, da Lei 12.016/2009).

Cuida-se de medida antecipatória: “Não há dúvida que a liminar em mandado de segurança constitui típica hipótese de antecipação de efeitos da tutela, semelhante à prevista no art. 273, I, do CPC” (Teori

Zavascki. *Antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 230). No mesmo sentido Calmon de Passos: “A liminar do writ é um *adiantamento* (provisoriiedade) da tutela que se pretende obter a final (definitividade). Destarte, nenhuma diferença substancial existe entre a liminar e a sentença final a ser proferida no pleito em que foi deferida ou indeferida” (Op. cit., p. 47).

Admissível, outrossim, a imposição de *contracautela* a ser prestada pelo impetrante, máxime quando a liminar a ele concedida, como tão freqüente, implique o assim denominado *efeito ativo*.

10.2 Diga-se, neste ensejo, que as medidas liminares são concedidas, ou denegadas, não ao “prudente arbítrio do juiz”, ou pela maior ou menor liberalidade pessoal do julgador, ou porque simpatize ou não simpatize com as teses ou com as idéias preconizadas pelo impetrante, mas sim serão concedidas quando claramente se compuserem os pressupostos legais ao deferimento, e serão denegadas quando tais pressupostos não ocorrerem com a suficiente clareza. O Min. Eduardo Ribeiro afasta a propalada “discrecionariiedade judicial”, aludindo a que a lei “é impositiva”. Se relevante o fundamento e podendo resultar ineficaz a concessão, apenas ao final, da medida liminar, o juiz ordenará a suspensão do ato (Recurso em mandado de segurança, *Mandados de segurança e de injunção*, cit., p. 285).

Em sede de mandado de segurança coletivo, pela sua maior abrangência, redobrada deverá ser a atenção do magistrado no mensurar os interesses em jogo, tanto os alegados em favor dos substituídos processuais, como aqueles que hajam motivado a atividade dos agentes da entidade de direito público; esta, ao final das contas, presume-se deva estar, em princípio, tutelando os interesses maiores da coletividade e/ou do erário, erário que não é “do Governo” mas deve ser visto como patrimônio de todos os cidadãos para emprego em favor da coletividade.

10.3 Nestes termos (art. 15 da Lei 12.016/2009), quando plausivelmente alegado que a decisão do juiz concessiva da liminar (ou em definitivo da segurança), irá ofender a ordem (considerada *lato sensu*), a segurança, a saúde ou a economia públicas, tal decisão será suscetível de ter sua execução suspensa pelo presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso (infere-se, pois, a possibilidade e a adequação do recurso àquele tribunal).

A Lei 12.016/2009 dispõe, outrossim, no sentido de que as liminares cujo objeto seja idêntico possam ser “suspensas em uma única decisão, podendo o presidente do tribunal estender os efeitos da suspensão a

liminares supervenientes, mediante simples aditamento do pedido original” (art. 15, § 5.º).

Da decisão presidencial (ou de vice-presidência do Tribunal) que *suspender a execução da liminar*, e igualmente a execução de sentença deferitória da segurança, caberá “agravo ‘interno’, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 dias, o qual será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição (art. 15, *caput*, parte final). Na ‘sessão seguinte’ ou na ‘subsequente’, pois cumpre resguardar o tempo necessário ao estudo do tema, e pode acontecer que o agravo haja sido interposto na véspera, ou antevéspera, da sessão do órgão colegiado competente, que será aquele que deva apreciar o eventual recurso ordinário.

Indeferido o pedido de suspensão, ou provido o agravo interno acima referido, ‘caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário’” (ou seja, à Presidência do STF ou, em se cuidando de matéria infraconstitucional, do STJ). Assim dispõe a nova lei, art. 15, § 1.º, na linha de precedentes legislativos.

A lei igualmente autoriza pedido de suspensão quando contra a decisão do juiz de primeiro grau, concessiva de liminar, haja sido interposto agravo de instrumento e a este negado provimento – art. 15, § 2.º; e está também previsto que “a interposição de agravo de instrumento contra liminar concedida nas ações movidas contra o poder público e seus agentes não prejudica nem condiciona o julgamento do pedido de suspensão a que se refere este artigo” (art. 15, § 3.º).

Pelo art. 7.º, § 3.º, da lei 12.016/2009, os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença. Não mais vigora, destarte, a restrição temporal de 90 dias, mais 30, prevista no art. 1.º, *b*, da Lei 4.348/1964, lei esta expressamente revogada pelo art. 29 da Lei 12.016/2009.

11. RECURSOS CONTRA A DECISÃO DO RELATOR NO MANDADO DE SEGURANÇA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DOS TRIBUNAIS

11.1 Foi muito controvertida a possibilidade de recursos contra a decisão do relator, concessiva ou não da segurança, em mandado de segurança de competência originária do tribunal. O STF decidiu (Recl 172-5, RT 612/201; Suspensão de Segurança 304, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira), reiteradamente, que da decisão concessiva caberia apenas o



pedido de suspensão, nos casos previstos em lei, para o Supremo Tribunal ou, já agora e em matéria infraconstitucional, para o STJ.

Sustentou com veemência Calmon de Passos, todavia, que “decisão do relator é exercício de mera delegação do colegiado que ele integra e só com ratificação pelo colegiado, da decisão do relator, é que se pode falar em decisão recorrível envolvendo outro tribunal” (op. cit., p. 55-56).

11.2 Dissemos anteriormente, sem chegar integralmente às conclusões do eminente processualista baiano, que:

(a) da decisão do relator concessiva de liminar em mandado de segurança originário de tribunal, nas hipóteses de grave lesão à ordem, à segurança, à saúde e à economia públicas, mediante requerimento da pessoa jurídica de direito público interessada ou do Procurador-Geral da República, devia ser aceito o *pedido de suspensão* dirigido ao presidente do tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário – STF, ou do recurso especial – STJ, *se cabíveis em tese* tais recursos da decisão final do tribunal se e quando concessiva da segurança;

(b) o direito de pedir a suspensão da segurança deve ser igualmente reconhecido às pessoas e às entidades privadas que, em litisconsórcio passivo, devam suportar os efeitos da concessão (Suspensão de Segurança 114/SP, rel. Min. Antônio Neder, RTJ 92/939), e assim foi o escólio do saudoso Hely Lopes Meirelles, para quem a lei “há que ser interpretada racionalmente para a consecução dos fins a que se destina” (*Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, n. 13, p. 61). Não é esta, todavia, a orientação jurisprudencial dominante;

(c) pode acontecer, no entanto, que embora da concessão liminar da segurança não decorra a probabilidade das lesões graves já mencionadas, ainda assim, na espécie, *a liminar não devesse ter sido concedida porque inexistentes seus pressupostos*, ou seja, por não ocorrer a verossimilhança do bom direito e o perigo de dano irreversível; em tais casos, nada mais plausível, a nosso sentir, nada mais justo do que a admissão do agravo interno dirigido ao órgão competente, no âmbito do tribunal, para o julgamento da própria ação de segurança (assim aliás preconiza o Min. Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 288).

(d) *indeferida* pelo relator a liminar, em *ação de competência originária do tribunal*, poderá o impetrante, sob a consideração de que o relator exerce função delegada pelo colegiado, manifestar agravo endereçado ao órgão competente para o julgamento de mérito da mesma

ação; evitar-se-á assim, inclusive, o indevido uso de um outro mandado de segurança à guisa de sucedâneo recursal. Provido tal agravo interno, volta-se à hipótese de possibilidade de suspensão da liminar, conforme a alínea *a* supra.

11.3 Com a publicação da Lei 12.016/2009, *legem habemus*, porquanto o art. 16, parágrafo único, da nova lei é expresso que da decisão do relator que conceder ou denegar a medida liminar, nos casos de competência originária dos tribunais, *caberá agravo ao órgão competente do tribunal que integre*.

Assim, está *cancelada a súmula 622* do STF (aprovada em setembro de 2003), pela qual não seria admissível agravo regimental contra decisão do relator concessiva ou indeferitória de liminar em mandado de segurança. E igualmente *cancelada a súmula 626* (pela qual a suspensão da liminar vigoraria até o trânsito em julgado da decisão concessiva da segurança), eis que a Lei 12.016/2009, art. 7.º, § 3.º, dispõe expressamente que “os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença”.

Assim, a eficácia da liminar vem a ser “subsumida” nos efeitos da sentença, quando concessiva da segurança; e tal eficácia cessa, em princípio, com a sentença denegatória da segurança (até pelo desaparecimento do pressuposto da verossimilitude do bom direito).

11.4 No alusivo ao *deferimento* de liminar, Calmon de Passos salientava a redobrada responsabilidade do magistrado, ao ponderar que a concessão “pode importar em grave transtorno para a atuação da pessoa jurídica em que se insere a autoridade coatora, numa dimensão bem diversa daquela que resultaria da impetração de um mandado de segurança individual. Aqui, o veto da autoridade judicial pode revestir-se de uma extensão muitas vezes nem mesmo mensurável de logo. E isso tem um peso ponderável em termos de interesse público” (op. cit., p. 43).

O eminente Galeno Lacerda, tratando do *poder cautelar geral* (que atualmente também compreende as liminares antecipatórias de tutela), valoriza a prudência com que deverá agir o juiz, ponderando com equilíbrio “as exigências contrastantes das partes com o interesse da administração da justiça, sempre ínsito nas providências cautelares”, eis que se encontra diretamente em jogo “o bom nome, e até a seriedade da Justiça” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 7 ed. Forense, 1998. vol. 8, t. I, n. 28, p. 115-116). Também Egas Moniz de Aragão adverte que “há

C) a Lei 5.021, de 09.06.1966 (igualmente revogada), ampliou a vedação de liminares àqueles *writs* em que postulado o “pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias” – art. 1.º, § 4.º;

D) mais tarde, com o crescente uso da “cautelar inominada” à guisa de sucedâneo do mandado de segurança, a Lei 7.969, de 22.12.1989, art. 1.º, veio estender o disposto nos arts. 5.º e 7.º da Lei 4.348/1964 também às medidas cautelares “previstas nos artigos 796 a 810 do Código de Processo Civil”;

E) com maior amplitude, a Lei 8.437, de 30.06.1992, vetou a expedição de liminar contra ato do Poder Público em “procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva”, nos seguintes casos (art. 1.º, *caput* e §§ 1.º e 3.º):

1) sempre que providência semelhante não possa, em virtude de vedação legal, ser concedida em ações de mandado de segurança;

2) quando, no juízo de primeiro grau, impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária de tribunal;

3) quando a liminar esgotar, “no todo ou em parte, o objeto a ação”;

4) que defira compensação de créditos tributários ou previdenciários – art. 1.º, § 5.º, acrescentado pela MedProv 2.180-35/2001, art. 1.º

O objetivo da lei, neste passo, é evitar que a competência originária dos tribunais, para apreciar a legitimidade de atos de determinadas autoridades, lhes seja “subtraída” pelo simples expediente de “substituir” o mandado de segurança por ação cautelar inominada “satisfativa”, incoada em juízo de primeira instância.

Pelo art. 4.º da Lei 8.437/1992 foi reiterada, se assim podemos dizer, a competência do presidente do tribunal para a suspensão de liminares “nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes”, nas hipóteses em lei previstas, competência esta também estendida à suspensão de *sentenças* nas ações cautelares inominadas, ações civis públicas e ações populares. Especificamente para as ações de mandado de segurança, previa o art. 4.º, § 1.º, da Lei 4.348/1964 que, caso indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo contra a decisão do Presidente concessiva da suspensão, “caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso extraordinário ou especial”.

F) A Lei 9.494/1997, ampliou explicitamente tais vedações aos casos de decisões concessivas de tutela antecipada. O STF, no julgamento da ADC 4, julgou constitucional este art. 1.º da Lei 9.494/1997.

As limitações anteriores foram *reiteradas* e reforçadas através o art. 2.º-B, acrescentado à Lei 9.494/1997 pelo art. 4.º da MedProv 2.180-35/2001, com a redação a seguir: “Art. 2.º-B. A sentença que tenha por objeto a liberação de recurso, inclusão em folha de pagamento, reclassificação, equiparação, concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive de suas autarquias e fundações, somente poderá ser executada após seu trânsito em julgado”.

12.2 Vindo ao encontro dos interesses da sociedade, em boa hora a Lei 12.016/2009 expressamente manteve e ratificou as restrições à concessão de liminares nas ações de mandado de segurança, e o fez nos seguintes termos:

“Art. 7.º. (...)

§ 2.º. Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.”

Ficou outrossim explicitado que a sentença concessiva da segurança não poderá ser executada provisoriamente quando for defesa a concessão de medida liminar – art. 14, § 3.º. Nestes casos, e apenas nestes, a apelação terá efeito suspensivo.

A Lei 12.016/2009 manteve, outrossim, em seu art. 14, § 4.º, a previsão (da revogada Lei 5.021/1966, art. 1.º) no sentido de que o pagamento de vencimentos e vantagens de servidores públicos somente será efetuado, na via do *mandamus*, relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial.

12.3 Cumpre explicitar, e constitui circunstância importante quando se aprecia o tema das liminares nos mandados de segurança em geral, e portanto também nos mandados de segurança coletivos, que em muitos casos sua concessão, ou sua denegação, *praticamente exaure a prestação jurisdicional*, ou pelo menos a utilidade que dela esperava o postulante.

A providência do juiz, *limine litis*, apresenta então vero caráter *satisfativo*, com desvirtuamento da função antecipatória ou cautelar.



Lembro caso em que uma associação automobilística rogou liminar a fim de realizar, no dia seguinte, uma competição em determinado autódromo, com a conseqüente proibição de outra competição, no mesmo local e data, por associação congênere. Se concedida a liminar e realizada a corrida pela associação A, o *writ*, em seu objetivo mandamental, estaria já satisfeito; denegada, a corrida seria feita pela associação B, e o *writ* estaria prejudicado. Cuidando-se de medida postulada à undécima hora, aliás, com prova documental insuficiente, a liminar foi negada, e o processo não teve ulterior andamento.

Assim igualmente o mandado postulado, como lembrou Egas Moniz de Aragão na conferência já mencionada, para a expedição de passaporte necessário a uma viagem ao exterior, em determinada data: se concedida a liminar e realizada a viagem, esta se tornará fato da vida que nada mais apaga; denegada a liminar, ainda que deferida a segurança na sentença final, *aquela* pretendida viagem não se realizou, e este também constitui fato irreversível.

Em suma, a liminar em muitos casos ostenta caráter de *definitividade*, e sua concessão ou denegação provoca fatos consumados, pelo que cumpre ao juiz redobrar a atenção no exame do pedido.

13. QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS RESTRITIVAS

13.1 Passemos a apreciar a questão da constitucionalidade das restrições à concessão de liminares, constantes das várias leis ordinárias já enunciadas. De logo, afirme-se que tal questão, ao que saibamos, nunca foi suscitada quando da aplicação das já antigas Leis 2.270/1956 e 4.348/1964 (esta segunda expressamente revogada pela Lei 12.016/2009, art. 29), e somente ganhou o debate forense ao calor das lides decorrentes das medidas econômicas emergenciais mais tarde decretadas.

O argumento básico dos que entendem inconstitucionais tais proibições ou restrições liga-se à garantia plena, sob tutela constitucional, do *acesso à Justiça*. Todavia, impende considerar que desde o advento do mandado de segurança, na Constituição de 1934, foram leis ordinárias que, regulando seu procedimento, dispuseram sobre o cabimento da medida liminar. A possibilidade de liminar não está expressa, e de certo modo sequer implícita, nas garantias processuais que a Constituição outorgou aos cidadãos.

É ainda Moniz de Aragão: “Se examinarmos nossa garantia máxima em termos de direito de ação, assegurada pela Constituição, que é

a conhecida regra do § 4.º de todas as declarações de direito desde a Constituição de 1946, ou, hoje, do inc. XXXV do art. 5.º da CF/1988, teremos que a lei não pode impedir a alguém de submeter ao Poder Judiciário uma lesão de direito. A rigor parece-me que proibir ou conceder a possibilidade de outorgar medidas cautelares não fere essa regra. O que o legislador constituinte quer é que toda pessoa possa ingressar em juízo e submeter seu litígio à apreciação do Poder Judiciário. Extrair-se daí que é constitucionalmente exigida a concessão de medida liminar, parece-me exagero. Não me consta que alguém tenha chegado a esse ponto, a que também não vou” (op. cit., p. 51).

13.2 Vale aditar que o deferimento de liminar, *inaudita altera pars*, revela-se providência de exceção, porque de certa forma desvirtua o fundamental “princípio do contraditório”, inerente ao *devido processo legal*.

Outrossim, é de anciã doutrina que a inconstitucionalidade somente se decreta quando evidente, quando ostensiva a ofensa à Constituição. Toda presunção é pela constitucionalidade da lei e qualquer dúvida razoável deve-se resolver em seu favor e não contra ela – “every reasonable doubt must be resolved in favor of the statute, not against it”. E os Tribunais não julgarão inválido o ato, a menos que a violação das normas constitucionais seja, em seu julgamento, clara, completa e inequívoca – “clear, complete and unmistakable” (Justice Black, apud Lúcio Bittencourt. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 92).

13.3 Posta esta premissa, cumpre todavia pensar nos casos em que, se indeferida a liminar (e portanto, *a priori*, também nos casos em que legalmente incabível a própria concessão de liminares), *o direito material irremediavelmente perecerá*. Em tais casos, não será razoável afirmar que a vedação da liminar ofende o princípio constitucional da garantia do acesso à Justiça, que tem como característica necessária o acesso *eficaz* à Justiça?

A Declaração dos Direitos do Homem, da ONU, integrada ao nosso ordenamento positivo pelo art. 5.º, § 2.º, da CF/1988, consagra o direito de toda a pessoa a ser ouvida, “publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para exame de qualquer situação penal ou criminal”. Em suma, a receber “his day in court”.

Esse direito, não obstante consagrado em nível internacional, nem sempre implica possibilidade de deferimento, *limine litis*, de medidas antecipatórias ou cautelares. Vale todavia anotar que Moniz de Aragão (ainda na conferência citada) chamou a atenção para outra norma da Declaração da ONU, pela qual assiste ao cidadão o direito “a recurso efetivo ante os tribunais nacionais competentes, que o ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”. Recurso, por certo, como palavra empregada em sentido amplo, de “demanda judicial” que seja efetiva, que possa realmente tutelar o direito invocado; e isso em “prazo razoável”, como está na Convenção Européia dos Direitos Humanos, art. 6.º, I, lembrada em termos de direito comparado. Após considerações outras, conclui o ilustre jurista paranaense com o aserto de que “se contrastarmos a situação de proibição de liminares com a regra do recurso efetivo em prazo razoável realmente eficaz, talvez se abra rumo novo para reexame do assunto. Não quero dizer com isso que, através desse rumo, se chegue à convicção de ser inconstitucional a proibição de liminares. Longe de mim, por ora, essa afirmação”. Deixou, como disse, “o problema em aberto”.

Todavia, se ao estudioso é lícito, e com frequência até conveniente, sobrestar suas conclusões na aguarda de maior reflexão, de novas contribuições doutrinárias e da jurisprudência, todavia o aplicador do Direito, no confronto com os casos concretos que lhe são dia-a-dia submetidos, está adstrito a adotar orientação definida, não obstante possa mais tarde reconsiderá-la e prestigiar diretrizes diversas.

13.4 *Ponho, assim, meu ponto de vista, sob a censura dos doutos.* Não desmereço a valia dos argumentos daqueles que, como v.g., Francisco Barros Dias (*Ajuze* 30, p. 33-40), sustentam a total invalidade das normas proibitivas de liminares, porque seriam restritivas “da atividade jurisdicional no processo declarativo, satisfativo ou preventivo”. Contudo, não nos parece, como não pareceu a Moniz de Aragão, que da norma constitucional conducente à inafastabilidade da tutela judiciária se possa chegar a tão taxativas conclusões.

Quanto às proibições, em certos casos, de liminares em ações tipicamente cautelares, cremos indubitado que a lei ordinária pode a respeito livremente dispor, quer propiciando a concessão de liminares (art. 804 do CPC), quer retirando ou limitando tal possibilidade.

Já no pertinente ao mandado de segurança, cuida-se de instituto jurídico a que a Constituição atribuiu eficácia “potenciada”, para usar da expressão de Kazuo Watanabe. Consideremos, todavia, que a previsão de liminares na ação de mandado de segurança não está na Constituição: está na lei ordinária, que pode admiti-las, torná-las defesas em determinados casos ou condicioná-las a contracautelas, como, por exemplo, a prestação de cauções.

As restrições a liminares em mandado de segurança *não são portanto, em si mesmas, inconstitucionais*. O problema reside, fundamentalmente, naqueles casos em que o resultado útil, o resultado efetivo da ação de segurança supõe *necessariamente* (cumpre insistir no *necessariamente*) o deferimento de medida de *urgência urgentíssima*, sem a qual o direito material do postulante sem dúvida estará exposto a perecer (ou perder seu objeto).

Nos casos da Lei 2.770/1956, v.g., a apreensão de mercadoria não perecível, e sua guarda pela autoridade alfandegária durante o tempo de normal processamento do *writ*, não fará sumir os bens depositados e nem desaparecer o eventual direito do impetrante a introduzi-los no território nacional como “bagagem”. Igualmente nos casos da Lei 4.348/1964, a proibição de liminares não implicava no perecimento, se existente, do direito do funcionário a reclassificações ou à correção monetária na percepção de vantagens atrasadas.

13.5 Já em hipóteses de incidência da Lei 8.437/1992 poderá, eventualmente, configurar-se *prejuízo irreversível*, se não concedida providência liminar; nestes casos, então sim, a proibição constante de lei ordinária será afastada pela norma constitucional da plenitude de acesso à Justiça, que prevalecerá.

Foram, pois, jurídicas, v.g., aquelas liminares de juízes federais deferindo a retirada antecipada de “cruzados novos” retidos (inconstitucionalmente, como mais tarde o STF declarou) pelo Plano Collor, dos quais os respectivos donos necessitavam para prover o tratamento de moléstias graves.

Esta solução, com as cautelas sempre exigíveis na apreciação de medidas *inaudita altera pars*, consideramos como a mais adequada à correta aplicação das leis e da norma constitucional questionadas.

14. DA DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA, APÓS CONCLUIDA MEDIDA LIMINAR

Ainda em tema de providências de urgência, tanto em mandados de segurança individuais como nos coletivos, indaga-se se a liminar, concedida pelo juiz singular, subsiste após sentença *denegatória da segurança* (Sálvio de Figueiredo Teixeira. Mandado de segurança, uma visão de conjunto. *Mandados de segurança e de injunção*, cit., p. 118).

Dispõe a Súmula 405 do Pretório Excelso:

“Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária [anote-se que a palavra ‘agravo’, constante do enunciado sumular, deve atualmente compreender-se como ‘apelação’].”

O prof. Agrícola Barbi, em sua clássica monografia, sustentou que “o recurso interposto contra a decisão denegatória de mandado de segurança não revive a medida liminar, quer tenha esta sido revogada expressamente, ou apenas implicitamente, na sentença recorrida” (op. cit., 6. ed. n. 246).

Adhemar Ferreira Maciel, Ministro do STJ, manifestou opinião no sentido de que “o juiz que denega a segurança e ainda mantém a liminar, concedida quando ele não era senhor dos fatos, não deixa de agir com ilogismo e arbítrio, pois está atuando em campo que já não lhe diz respeito, pois a matéria foi devolvida a outro julgador: o juiz do segundo grau” (Observações sobre a liminar no mandado de segurança. *Mandados de segurança e de injunção*, cit., p. 241).

Cassio Scarpinella Bueno, embora não negue a possibilidade de o juiz, na sentença denegatória da segurança, revogar a liminar, entende todavia que, interposta apelação ou recurso ordinário com efeito suspensivo, “os efeitos desta revogação estarão suspensos, prevalecendo, destarte, a anterior decisão até o julgamento do recurso e até o trânsito em julgado. Assim, os efeitos passíveis de serem mantidos com a denegação da ordem correspondem, precisamente, à conservação da decisão concessiva da liminar” (*Liminar em mandado de segurança*. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 258-259).

Luiz Guilherme Marinoni referiu, com remissão ao magistério de Ovidio Baptista Martins, que “embora boa parte da doutrina entenda ser contrária a lógica a manutenção da tutela sumária em caso de sentença de improcedência, o certo é que, em hipóteses excepcionais, o juiz poderá

mantê-la” (*Antecipação de tutela*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, n. 4.9, p. 167).

Hely Lopes Meirelles recomendou distinções: se o juiz cassar expressamente a liminar, na sentença indeferitória da segurança, não seria admissível seu restabelecimento pelo só fato da interposição da apelação; “se o juiz silencia na sentença sobre a cassação da liminar, é de entender-se ficou mantida até o julgamento da instância superior”, e assim também “se o juiz expressamente ressalva a subsistência da liminar até a sentença passar em julgado”. E conclui: “o que sustenta ou invalida a liminar, a nosso ver, é o pronunciamento autônomo do juiz sobre a sua persistência ou insubsistência” (op. cit., 14. ed., p. 59-60).

Em nosso ponto de vista, ponderando a própria natureza das liminares concedidas (ou indeferidas) sob cognição sumária, por vezes apenas cognição superficial, a *denegação da segurança implica naturalmente a revogação da medida liminar*, ressalvando-se a possibilidade de, interposta apelação e diante de expresse pedido do recorrente, resolver o magistrado de 1.º grau ou, posteriormente, o *relator* restabelecê-la, ante peculiares circunstâncias do caso concreto indicativas da conveniência na manutenção da providência cautelar, ou antecipatória, enquanto pendente o recurso.

Vide, a respeito, o verbete 66 de nossa *Da antecipação de tutela*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.